

A ADESÃO INVÁLIDA DE DEFENSOR PÚBLICO **A PROGRAMA DE DEMISSÃO INCENTIVADA**

André L. Borges Netto

Advogado constitucionalista
em Campo Grande/MS
(andreborges@terra.com.br)

I – A QUESTÃO APRESENTADA

Recentemente, enfrentei interessante questão jurídica, que penso ser do interesse dos estudiosos do Direito.

Analisei documentos reveladores de que o Sr. X exerceu a função de defensor público, mediante concurso público, do ano de 1991 ao ano de 2001, quando foi exonerado por Decreto do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, porque aderiu ao chamado “Programa de Demissão Incentivada” (PDI), regulado pelo Decreto Estadual 10.110/2000 (mediante delegação da Lei Estadual 2111/2000).

Ocorre, porém, que tudo se fez à revelia da melhor e mais correta interpretação do Direito vigente. Penso que o assunto merece discussão judicial, amparada pela garantia constitucional do amplo acesso à jurisdição, onde se deve buscar INVALIDAR o ato administrativo em questão (Decreto 10/2001), em razão dos vícios jurídicos que acometem os atos que lhe serviram de fundamentos (Lei 2111/2000 e Decreto 10.110/2000), aguardando-se seja observado que *“na denúncia contratual incentivada, ainda que com o consentimento do empregado, prevalece a supremacia do poder econômico sobre o hipossuficiente, competindo, ao Poder Público e, especificamente, ao Judiciário, apreciar a lide de modo a preservar, tanto quanto possível, os direitos do obreiro, porquanto, na rescisão do contrato não atuam as partes com igualdade na manifestação da vontade”* (STJ, REsp 150307, DJU 16.03.98).

II – FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA ANULAÇÃO

Passo a revelar quais são os vícios jurídicos que devem levar à invalidação pretendida (com o efeito prático da reintegração ao cargo público).

(i) delegação legislativa inválida

Destacado vício formal põe a perder tudo o que se fez. O PDI em discussão surgiu regulado, INTEGRALMENTE, por mero Decreto. Foi o Decreto 10.110/2000 que cuidou absolutamente de todos os aspectos técnicos relativos ao PDI, tais como: os servidores que podiam aderir, os servidores que não podiam aderir, a indenização e a extinção dos cargos daqueles que aderiram. Tudo se fez, no âmbito administrativo, porque a Lei Estadual 2111/2000, no art. 3º, estabeleceu que os Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e o Ministério Público estavam autorizados a “implementar eventuais Programas de Demissão”.

Ora, é de correntio conhecimento que o Decreto (que na verdade é o veículo que introduz o regulamento/atos administrativos no sistema jurídico) se presta apenas a dar FIEL EXECUÇÃO À LEI (art. 84, IV, da CF/88; art. 89, VII, da Constituição Estadual). Mas o que fez a Lei 2111/2000 ? Delegou, integralmente, ao Executivo, no caso de que se está a tratar, a competência para cuidar, AMPLAMENTE, do assunto do PDI, como se isto fosse possível.

O que se fez, em verdade, foi delegar ao administrador competência que somente poderia ser exercida pelo legislador. Apenas um exemplo, para tudo aclarar: se todo e qualquer cargo público somente pode ser criado por lei (art. 61, § 1º, “a”, da CF/88), como que pode ser possível mero Decreto extinguir cargos públicos (art. 29 do Decreto 10.110/2000) ?

A delegação anotada, evidentemente, é inválida (por violação do princípio da separação dos poderes e por violação do princípio da legalidade), como revela a literatura:

“A nova Constituição não abriu disposição expressa para a vedação da delegação de atribuições. Nem era necessário fazê-lo. A doutrina da indelegabilidade assenta-se em premissas que decorrem de outras normas e princípios, como (i) o da separação de Poderes, (ii) o da representação política, (iii) o da supremacia da Constituição, e (iv) o do devido processo legal” (LUIS ROBERTO BARROSO, “O direito constitucional e a efetividade de suas normas”, Renovar, 2ª ed., 1993, p. 385).

“O art. 5º, II, da CF preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas (CF, art. 59) devidamente elaboradas, conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei, sendo assegurada ao particular a possibilidade de recusar as imposições estatais que não respeitarem o devido processo legislativo” (ALEXANDRE DE MORAES, “Constituição do Brasil Interpretada”, Atlas, 2002, p. 197).

Só a LEI, portanto (como é de todos sabido), pode INOVAR EM CARÁTER INICIAL A ORDEM JURÍDICA. Ao regulamento/decreto **“desassiste incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigação novos”** (CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 323). O Decreto em questão, é certo, inovou ampla e integralmente, porque ele é que cuidou, exclusivamente, do tema do PDI. A lei, no caso, apenas “autorizou”. O administrador, no caso, tudo fez, contrariando, vivamente, a Constituição.

Uma **curiosidade** bem ilustra o que se revela: em 1997, aqui no Mato Grosso do Sul, foi criado um PDV, mas por intermédio da Lei 1747/97, regulamentada pelo Decreto 8846/97. Veja-se que tudo o que havia de mais importante (e que significava inovação da ordem jurídica) foi trazido pela Lei. O Decreto, porque este é o seu campo específico de atuação, apenas particularizou e detalhou alguns poucos aspectos burocráticos que faltavam, nada mais. Mais curioso, ainda, é verificar que o Decreto 10.110/2000 (que se questiona nesta ação) é

uma cópia mal disfarçada da Lei 1747/97, algo revelador de que se atuou de maneira precipitada e inválida.

(ii) defensor público não podia aderir ao PDI

(2 fundamentos: inviabilidade da extinção do cargo de defensor público; a defensoria é função pública regulada por lei complementar)

Certamente por ter compreendido que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado” (art. 134 da CF/88), o legislador constituinte estadual determinou que “para cada cargo da carreira da Magistratura de primeiro grau, haverá um cargo correspondente na carreira da Defensoria Pública” (art. 140, § 2º), algo ratificado pela Lei Complementar Estadual 51/90 (art. 8º), mantido pela Emenda Constitucional 29/2005 (art. 140, § 2º) e pela Lei Complementar 111/2005 (art. 10).

Mesmo assim, levou-se adiante a exoneração do Sr. X, desatendendo-se prescrições jurídicas impeditivas da adesão ao PDI, sendo certo que a normatividade a dar base jurídica ao PDI (Lei 2111/2000 e Decreto 10.110/2000) é inconstitucional, por não ter sido excluído o Defensor Público do rol dos que poderiam a ele aderir.

O vício indicado mais se acentua quando se constata que a adesão ao PDI gerou a EXTINÇÃO DO CARGO EFETIVO VAGO EM DECORRÊNCIA DA EXONERAÇÃO DO SERVIDOR (art. 29 do Decreto 10.110/2000). Ora, a Defensoria Pública é instituição que tem sua atuação, sempre e sempre, regulada por Lei Complementar (conforme exigência constitucional: art. 134, § 1º, da CF/88; art. 142 da Constituição Estadual). As normas gerais foram veiculadas pela Lei Complementar Federal 80/94 e as normas particularizantes eram as que constavam da Lei Complementar Estadual 51/90, substituída pela Lei Complementar Estadual 111/2005. Com toda sua organização regulada por Lei Complementar, como que pode ser possível (sob o aspecto jurídico) a adesão válida de Defensor Público a “Programa de Demissão Incentivada” regulado por mero Decreto (editado mediante delegação feita por Lei) ?

Por tais razões é que a Chefe da Instituição, no ano de 1997, quando se avaliava o deferimento ou não da adesão de outro defensor público ao PDV, considerou:

“Portanto, os cargos da carreira da Defensoria Pública cingem-se ao disposto na Constituição sul-mato-grossense e à Lei Complementar Estadual nº 51/90.

“Conseqüentemente, a Lei nº 1747, de 15.05.97, que criou o Programa Especial de Incentivo ao Desligamento Voluntário do Poder Executivo, bem como o Decreto nº 8846, de 27.05.97, que a regulamentou, são inconstitucionais por não haverem excepcionado do seu âmbito de incidência (art. 5º da Lei 1747/97 e art. 13 do Decreto nº 8846/97) a carreira da Defensoria Pública, regida por lei complementar, além de preverem a extinção automática do cargo efetivo vago (art. 8º, ‘caput’, da Lei nº 1747/97 e art. 26, do Decreto nº 8846/97).

Como, então, emprestar validade jurídica ao ato combatido, que permitiu a adesão ao PDI de quem, juridicamente falando, não estava autorizado a atuar da forma como atuou ? Situação parecida, mas em sentido contrário, já foi discutida no STJ, a saber:

“O PDV encontra-se assentado no entendimento conjuntural de que o número total de servidores públicos da administração federal pode ser reduzido. Contudo, encontrando-se o quadro de servidores federais muito defasado, em particular, no que se refere a cargos da área de saúde, em razão do aumento da demanda de serviços assistenciais nos hospitais universitários, como é o caso da Universidade Federal de Uberlândia, cabe à Administração traçar novos limites ao referido Programa. A Portaria nº 1.266/99, com fulcro nos §§ 1º e 2º, da Medida Provisória nº 1.917/99, não teve o condão de ferir os princípios constitucionais e as normas legais apontadas pelos Impetrantes. Ao invés, apenas implementou, na área de saúde, a aplicação da legislação pertinente, com o interesse de não agravar a situação na Universidade Federal de Uberlândia quanto à redução do Quadro de Pessoal do Hospital Universitário” (MS 6550/DF, DJU 17.12.99).

Ao que parece, só no Mato Grosso do Sul é que não se respeitou o Direito vigente. Com efeito, no âmbito da União Federal as MP's 1917/99 (art. 3º, III) e 2092/2000 (art. 3º, III) excluíram os defensores públicos da adesão ao PDV, o mesmo tendo ocorrido no Estado de Minas Gerais (Lei 12280/96, art. 2º, parágrafo único, alínea "c"; Decreto 38.216/96, art. 2º, I, "c"), certamente porque se considerou ser inviável permitir a adesão de membros de carreira essencial à justiça a programas que levam à extinção do próprio cargo.

(iii) desvio de finalidade

(2 fundamentos: foi exonerado quem não podia ser exonerado; estabeleceu-se PDI quando a autorização legislativa foi para demissão baseada na Emenda Constitucional 19/98)

Na seqüência do que se sustenta (quanto à inviabilidade de Defensor Público se vincular a PDI's ou a PDV's), há de se destacar um outro sério e impressionante vício jurídico: o Decreto 10.110/2000, que regulou o PDI, no art. 1º, estabeleceu que o programa seria adotado para "adequação dos gastos com pessoal ao limite estabelecido na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, melhoria da qualidade da prestação dos serviços públicos e equilíbrio das finanças públicas". Ou seja: era necessário exonerar servidores públicos para reduzir a despesa com pessoal e para melhorar a qualidade da prestação dos serviços públicos.

Mas ocorre que é fato público e notório que a Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul, apesar de ser considerada uma das melhores do Brasil, sempre e sempre atuou com reduzido número de defensores públicos. Eis o que informava a Chefe da Instituição em 1997: "O quadro da Defensoria Pública apresenta hoje uma defasagem superior a um terço, pois dos 154 cargos previstos, apenas 100 encontram-se preenchidos, não podendo o órgão prescindir de qualquer de seus membros, sob pena de comprometer a continuidade dos serviços prestados". Tanto isto é certo que seguidos concursos públicos têm sido realizados.

Assim sendo, claro está que o que se fez foi expedir um ato administrativo (Decreto 10.110/2000), calcado em um preciso e

destacado objetivo (finalidade), mas tudo o que se fez, na prática, foi exatamente em sentido contrário. Ou seja: sustentou-se a necessidade de reduzir despesa com pessoal; permitiu-se a adesão de defensor público no PDI; mas nunca, jamais, em momento algum, reduziu-se a despesa com pessoal nesse específico setor do serviço público, exatamente em razão de que a Instituição sempre trabalhou com número reduzido de agentes públicos no setor, daí porque sempre vem realizando novos concursos públicos. Nem se fale, também, na efetivação da outra finalidade do Decreto (quanto a melhorar a qualidade da prestação de serviços públicos), pois, se falta pessoal, como dar conta da importante missão constitucional de bem defender os pobres ?

A situação revelada, portanto, leva à desvalia jurídica do ato (Decreto 10.110/2000) que serviu de fundamento ao Decreto que se busca invalidar (Decreto 10/2001). É que, como apregoa a melhor literatura jurídica, *“o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpra-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da finalidade legal, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública, quanto naqueles em que o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato”* (CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 15ª ed., p. 98).

Oportuno revelar que, sobre o tema, já se decidiu que, embora guardando a aparência de regularidade, constatado o desvio de finalidade, reveste-se o ato administrativo de ilegalidade, por ferimento a um de seus elementos, devendo, portanto, ser anulado (STJ – 1ª T. Resp 21.156-0/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

Mas não é só, quanto ao desvio de finalidade. É bem de ver que a Lei 2111/2000, no art. 3º, autorizou o Executivo a implementar Programa de Demissão não da forma como restou estabelecido pelo Decreto 10.110/2000, mas sim para atender “às disposições da

Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998”. Essa Emenda, no ponto, trouxe como principal novidade o tema da demissão do servidor público estável (art. 169, § 4º, da CF/88). Gravíssimo, então, o que foi praticado pelo Executivo: recebeu autorização, ainda que de forma inválida (como será revelado no tópico seguinte), unicamente para estabelecer “Programa de Demissão” vinculado ao tema da “demissão de servidor estável”, mas acabou tratando de assunto totalmente diverso, como se vê do Decreto 10.110/2000 (que regulou o assunto da exoneração pela adesão ao PDI).

Avaliando-se o ato questionado (Decreto que levou à exoneração do Sr. X) à luz da regra do § 4º do art. 169 da CF/88 (porque esta foi a autorização que o Executivo recebeu do legislador), é de ver que o Sr. X jamais poderia ser enquadrado como servidor a ser demitido, por não atender, nem minimamente sequer, aos pressupostos da Lei Federal 9801/99 (que dispõe sobre as normas gerais para a perda do cargo público por excesso de despesas). Exemplos são revelados pelos documentos que nos foram apresentados, reveladores de que o Sr. X não tinha o menor tempo de serviço na Instituição, não tinha a maior remuneração e não tinha a menor idade (art. 2º, § 2º, incisos I a III).

(iv) outros vícios formais

Ainda que se considere como válido o Decreto 10.110/2000 (o que se admite apenas para argumentar), é caso de apontar que nem mesmo esse ato foi observado quanto ao processo do Sr. X. É que o art. 16 do Decreto revelou a competência do Secretário de Estado de Gestão de Pessoal e Gastos para “proceder ao despacho final, deferindo ou indeferindo o ‘pedido de adesão’, com base nas informações e pareceres contidos nos processos”. Mas houve falhas a respeito disso, porque: a) não houve qualquer parecer quanto ao pedido do Sr. X no âmbito da Procuradoria-Geral da Defensoria Pública (parecer que avaliaria a viabilidade, ou não, do pedido), como se vê a f. 09 do processo 20/000154/2000; b) o pedido acabou sendo deferido pelo “Superintendente de Gestão de Recursos Humanos” (f. 55) e não pelo “Secretário de Gestão” (ali se falou em outra “delegação”, evidentemente inválida, porque a exigência de que se

fala foi veiculada por Decreto, e a “delegação” sustentada teria sido veiculada por mera “Resolução”, ato de hierarquia inferior).

(v) inexistência de transação ou renúncia

Nem se queira sustentar, impugnando-se esta noção desde logo, que a adesão ao PDI se configurou como uma TRANSAÇÃO, porque é certo que a situação jurídica em discussão é toda regulada por normas de DIREITO PÚBLICO, por conta do regime jurídico específico (regime jurídico-administrativo, que se delineia em função da consagração dos princípios da **supremacia do interesse público sobre o privado** e da **indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos**, conf. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 27), não se devendo falar naquela modalidade obrigacional (nem muito menos em renúncia, pelos mesmos motivos), até em razão de o Código Civil somente admitir transação quanto a direitos patrimoniais de caráter PRIVADO (art. 1035, mantido no novo Código Civil – art. 841), o que não é o caso.

(vi) a necessária reintegração

Anulado o ato questionado (Decreto que levou à exoneração, depois de ser reconhecida a desvalia jurídica dos atos que lhe dão sustentação, Lei 2111/2000 e Decreto 10.110/2000), a situação toda retorna ao “status quo ante”, demandando a reintegração do Sr. X no mesmo cargo que exercia (contando-se o tempo de serviço para todos os fins legais).

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, a postulação do Sr. X – que também tem como fundamento os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade –, tem boas chances de ser acolhida pelo Judiciário, pela via de uma ação anulatória, algo que, sendo acolhido, redundará em decisão justa e adequada, com a efetiva observância de

importante manifestação pretoriana: "*a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças*" (RSTJ 4/1.554).